



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**LA FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS COMO CONTRAVENCIÓN
PENAL: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL A PARTIR DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA**

**AUTORAS: JENNIFER VANESSA ORDÓÑEZ NAVOS
KELY GABRIELA PÉREZ TAPIA**

DIRECTOR: ABG. CAMILO PINOS JAÉN, MGS.

CUENCA - ECUADOR

2024

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

LA FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS COMO CONTRAVENCIÓN
PENAL: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL A PARTIR DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD.

AUTORAS: JENNIFER VANESSA ORDÓÑEZ NAVOS
KELY GABRIELA PÉREZ TAPIA

DIRECTOR: ABG. CAMILO PINOS JAÉN, MGS.

CUENCA - ECUADOR

2024

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO

Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

JENNIFER VANESSA ORDÓÑEZ NAVOS portadora de la cédula de ciudadanía N° 0107569899 y **KELY GABRIELA PEREZ TAPIA** portadora de la cédula de ciudadanía N° 1400664825. Declaramos ser las autoras de la obra: **“LA FALTA DE AFILIACIÓN AL IEES COMO CONTRAVENCIÓN PENAL: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL BAJO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”**, sobre la cual nos hacemos responsables sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaramos que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaramos finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también nos responsabilizamos y eximimos a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 18 de abril de 2024



F:

Jennifer Vanessa Ordóñez Navos

C. I. 0107569899



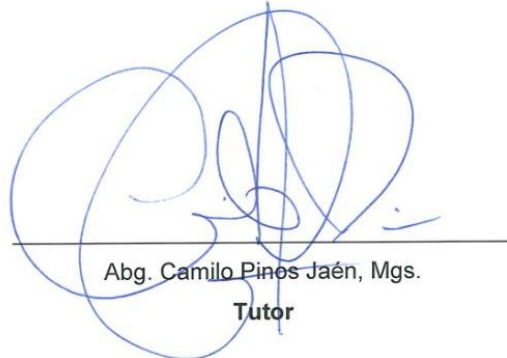
F:

Kely Gabriela Perez Tapia

C.I. 1400664825

CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por las estudiantes, Jennifer Vanessa Ordóñez Navos y Kely Gabriela Perez Tapia, con el Tema "LA FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS COMO CONTRAVENCIÓN PENAL: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL BAJO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD", bajo mi supervisión.



Abg. Camilo Pinos Jaén, Mgs.
Tutor

Dedicatoria

A mí misma, que he culminado este arduo camino con dedicación, pasión y perseverancia. Este logro es el fruto de mi esfuerzo incansable y mi amor por la carrera. Me siento orgullosa de mis capacidades y agradezco a mi propia fortaleza por haberme llevado hasta este punto. De igual forma, dedico a mi querido esposo Giancarlo por haber estado a mi lado, siendo apoyo en los momentos difíciles, por tanto, este logro también es suyo.

Jennifer Vanessa Ordóñez Navos

Esta meta la dedico a Dios por estar conmigo en cada paso que voy y haberme otorgado una maravillosa familia que ha creído siempre en mí. A mis padres por su presencia constante y amor incondicional que han sido la fuerza impulsora detrás de cada paso que he dado en esta travesía académica. Gracias por ser mis pilares en esta vida, su dedicación y apoyo han sido el cimiento sobre el cual he construido mis sueños y aspiraciones. Cada logro alcanzado lleva impreso su sacrificio y trabajo incansable.

Kely Gabriela Pérez Tapia

Agradecimiento

Quiero expresar mi más sincero y profundo agradecimiento a mi tutor Dr. Camilo Pinos Jaén por su paciencia a lo largo del desarrollo del presente trabajo, así como, a todos mis docentes de la Universidad Católica de Cuenca, cuya dedicación, orientación y sabiduría han sido fundamentales en mi formación académica, quienes siempre han estado dispuestos a brindarme su ayuda y compartir sus conocimientos. Agradezco eternamente por haber sido mi inspiración para alcanzar nuevas metas y por su constante apoyo en este camino. De igual manera, agradezco a mi madre por haberme apoyado económicamente.

Jennifer Vanessa Ordóñez Navos

Extiendo mi agradecimiento a mi tutor Dr. Camilo Pinos por su orientación y apoyo durante el proceso de este trabajo, su compromiso y dedicación han sido una guía en cada etapa. Valoraré siempre su tiempo dedicado para poder culminar esta meta aportando sugerencias constructivas.

Kely Gabriela Pérez Tapia

Resumen

En el presente trabajo de investigación, se realizó un análisis constitucional por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través del principio de proporcionalidad. Con base en un enfoque cualitativo, se utilizó el método inductivo-deductivo, para fundamentar teóricamente al principio de proporcionalidad como una regla de interpretación constitucional, y a la seguridad social. Posteriormente, sentadas las bases teóricas, se procedió a realizar el análisis del artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, para identificar su adecuación al test de proporcionalidad, a partir de sus respectivos subprincipios. Finalmente, se concluyó que el legislador confundió el bien jurídico que protege la norma, por cuanto, no es el derecho al trabajo sino el derecho a la seguridad social; así mismo, la consecuencia jurídica que impone la pena privativa de libertad, se considera inconstitucional, debido a que, la medida empleada no es idónea, necesaria y proporcional –en estricto sentido–, por cuanto, existen otras medidas eficaces para proteger el derecho del trabajador.

Palabras clave: *Test de proporcionalidad, Idoneidad, Afiliación, Necesidad, Seguridad Social.*

Abstract

This research study conducted a constitutional analysis of the lack of affiliation with the Ecuadorian Institute of Social Security, focusing on the principle of proportionality. Based on a qualitative approach, the inductive-deductive method was used to theoretically support the principle of proportionality as a rule of constitutional interpretation and social security. Subsequently, having established the theoretical bases, an analysis was made of Article 244 of the Organic Integral Penal Code to identify its compliance with the subprinciples of the proportionality test. Finally, it was concluded that the legislator misinterpreted the legal right protected by the norm since it is not the right to work but rather the right to social security; likewise, the legal consequence that imposes the deprivation of liberty is considered unconstitutional as the measure employed is not suitable, necessary and proportionate -in a strict sense-, due to the existence of other effective measures to protect the worker's right.

Keywords: *Proportionality test, suitability, affiliation, necessity, social security.*

**LA FALTA DE AFILIACIÓN AL IESS: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL BAJO AL
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

**THE LACK OF AFFILIATION TO THE IESS: CONSTITUTIONAL ANALYSIS
UNDER THE PROPORTIONALITY'S PRINCIPLE**

1. Introducción

En Ecuador, mediante referéndum constitucional y consulta popular realizada el 7 de mayo del 2011, se aprobó la tipificación como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia. Esta obligación recayó sobre la Asamblea Nacional, sin embargo, no fue incluida inmediatamente en el Código Penal, pese a que se dispuso que se lo haga a partir de la publicación de los resultados electorales.

En este contexto, el 10 de agosto de 2014 entra en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), e *inter alia*, en el Art. 244 se tipifica como una contravención contra el derecho al trabajo, el cual, tiene como consecuencia jurídica la privación de la libertad. Sin embargo, esta disposición jurídica plantea interrogantes respecto a su compatibilidad constitucional a la luz del test de proporcionalidad; para ello, es menester considerar que la Corte Constitucional del Ecuador no ha realizado control abstracto de constitucionalidad, a partir de la acción de inconstitucionalidad.

En este sentido, para responder a la pregunta ¿Cuál es el resultado del análisis constitucional de la contravención penal por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a partir del principio de proporcionalidad como método de interpretación constitucional?, se analizó el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, con base en los subprincipios del test de proporcionalidad -fin constitucionalmente válido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto-, se concluye que la norma no está correctamente dirigida a la protección del bien jurídico, así como, la frase “sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días” es inconstitucional por el exceso del poder punitivo del Estado.

2. Metodología

La presente investigación fue realizada desde un enfoque cualitativo. Para ello, se utilizó el método teórico, inductivo-deductivo, ya que, “el método **inductivo**, se dirige de lo particular a lo general. Primero, explorar y describir individualidades, para posteriormente generar teoría” (Sampieri & Mendoza Torres, 2018, pág. 9). De esta manera, “El empleo del método inductivo-deductivo tiene muchas potencialidades como método de construcción de conocimientos, relacionado con regularidades como método de construcción de conocimientos en un primer nivel, relacionado con regularidades externas del objeto de investigación” (Pérez Jacinto & Rodríguez Jiménez, 2017). Con lo cual, se entrelazó de manera complementaria, dado que permitió inferir

generalidades a partir de observaciones comunes en diversos casos y, a partir de estas generalidades, condujo a la deducción de conclusiones lógicas. Por tanto, se procedió a aplicar técnicas de revisión bibliográfica y en bases de datos científicas de doctrina, sentencias y, casos en los que se ha aplicado el principio de proporcionalidad, para dar como resultado si la norma es inconstitucional por no cumplir a con este método de interpretación constitucional.

Por último, con base en este método, se inició con la conceptualización e individualización del principio de proporcionalidad, la seguridad social y la falta de afiliación al IESS. Posteriormente, se realizó una adecuación normativa del artículo 244 del COIP en cada uno de los subprincipios que configuran el principio de proporcionalidad, para determinar si la norma cumple con un fin constitucional, es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

3. Desarrollo

3.1. Garantismo penal y Derecho penal mínimo

La necesidad de tipificar las conductas como delitos e incorporarlos dentro de un ordenamiento jurídico, tiene su origen desde tiempos antiguos, ya que las sociedades han buscado establecer un orden social que permita un desarrollo colectivo mediante una convivencia armoniosa. Para ello, se crearon normas y leyes con el fin de regular aquellas conductas consideradas conflictivas. La tipificación de dichas conductas como delitos traen como objetivo el proteger los derechos y libertades individuales de quienes conforman la sociedad; esto implica, la garantía a la seguridad y la integridad de las personas.

En este sentido, el tipificar las conductas tiene un propósito preventivo y a la vez disuasivo. Estos factores han contribuido al desarrollo de sistemas legales que regulan el comportamiento humano, estableciendo las consecuencias jurídicas que conlleva ejecutar determinadas conductas. En este contexto, es importante focalizar al garantismo penal dentro del presente estudio, con el fin de determinar la limitación del poder punitivo del Estado, a través del respeto a las garantías y principios reconocidos en su ordenamiento jurídico.

Para Luigi Ferrajoli (2006), quien ha estructurado de manera completa la teoría del garantismo en materia penal desde 1989, el garantismo es “cualquier técnica normativa de tutela

de un derecho subjetivo” (pág. 29), entendiendo al derecho subjetivo como la facultad que tiene una persona para hacer valer sus derechos frente a terceros o al Estado. En este orden de ideas:

La desconfianza hacia un tipo de poder, público o privado, nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de “poderes buenos”, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere ver los límites siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales. (Ferrajoli, 2006)

De este modo, el derecho penal mínimo es capaz de “someter la intervención punitiva —tanto en la prevención legal de los delitos, como en su constatación judicial— a rígidos límites impuestos en defensa de los derechos de la persona” (Ferrajoli, 2006, pág. 38); esta manera, se pretende la prevención de posibles abusos estatales y promover un sistema de justicia equitativo, basado no en un sistema arbitrario y coercitivo, sino más bien, en un sistema garantista de derechos.

Asimismo, Marina Gascón (2005), se refiere a la existencia de un control frente al poder, debido a su constante abuso, el cual puede ser neutralizado mediante un sistema de garantías y límites relacionados al poder, con la finalidad de tutelar los derechos, por cuanto, el único medio para ello, es que el poder sea quien se controle así mismo, cuando el Estado es quien abusa del poder, es importante imponer límites.

Del mismo modo, Ricardo Guastini (2008) respecto al modelo del derecho penal mínimo señala que “la protección de la libertad personal es la variable dependiente de una serie de garantías contra el ejercicio del poder de punir. Una garantía es precisamente una barrera, un obstáculo interpuesto entre el poder (ejecutivo) y el ciudadano” (pág. 42). Precisamente, esta concepción determina que, cuanto más eficaz sean dichas garantías, mayor va a ser la protección de la libertad personal del individuo frente aquellas actuaciones arbitrarias del Estado, convirtiéndose de esta forma, en un límite al poder estatal.

En igual sentido, la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 001-18-SIN-CC, respecto al poder punitivo del Estado, señaló:

la intervención del Estado por medio de su poder punitivo no es la única medida que puede ser utilizada para la protección de derechos constitucionales; y, sobre todo, debe ser una

medida excepcional, escogida solamente si se demuestra su estricta necesidad respecto de otras medidas que logren el objetivo constitucional propuesto. (pág. 28)

De esta manera, no puede tipificarse la conducta sin previamente realizar un análisis del derecho que se pretende proteger, para posteriormente establecer si la medida es necesaria y que al no existir otra vía de protección, la penal es la idónea; en consecuencia, no se puede abusar del poder punitivo del Estado, con medidas legislativas innecesarias.

3.2 Conceptualización del principio de proporcionalidad y la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El principio de proporcionalidad es uno de los métodos más utilizados en la interpretación constitucional. Algunos autores lo denominan juicio de ponderación o razonabilidad; sin embargo, hay que considerar que, no busca proporcionar certezas absolutas, sino que se encuentra diseñado para alcanzar una racionalidad y la certeza pertinente en situaciones de conflicto entre principios o normas constitucionales. Este principio orienta la toma de decisiones racionales y fundamentadas, a partir de lo cual, pueda ser respaldada y mantener el diálogo legal y democrático.

3.2.1. Antecedentes del principio de proporcionalidad

El origen del principio de proporcionalidad se encuentra en el derecho prusiano de policía, donde se utilizaba como una guía para determinar las intervenciones en la libertad individual. El Tribunal Superior Administrativo de Prusia estableció que, este principio era obligatorio para el poder ejecutivo, introduciendo el concepto de prohibición en exceso como una manera de controlar los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía. Sin embargo, estas aplicaciones del principio de proporcionalidad se remontan a una época en la que el constitucionalismo no estaba completamente desarrollado según los estándares modernos; el legislador no estaba sujeto a la Constitución, y, por lo tanto, la proporcionalidad solo se aplicaba al ejecutivo.

Además, las acciones de este último, no estaban suficientemente sujetas a revisión judicial, ya que había extensas áreas de control. Los derechos fundamentales no tenían un valor normativo directo, y el Estado de derecho se entendía de manera más formal, basado en el principio de legalidad en lugar de la constitucionalidad (Kraft, 2007). Sin embargo, a partir de la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) comenzó a

desarrollar el concepto de proporcionalidad en estrecha relación con la naturaleza de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho. Según este Tribunal, la proporcionalidad es un principio general de rango constitucional, que se encuentra integrado en la cláusula del Estado de Derecho y que se guía la actuación de todos los poderes públicos (Nieto, 2008).

Más adelante, en la sentencia *Apothekenurteil* (2007) se identifica cuatro requisitos emanados del principio de proporcionalidad, los cuales, son aplicables a cualquier intervención del poder público en la libertad y propiedad de las personas, ya sea del legislador, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, siendo estos; 1. Tener una finalidad legítima, 2. Ser adecuada para promover ese objetivo, 3. Ser necesaria, y entre varias opciones de intervención se debe elegir la que menos afecte los derechos involucrados. 4. Ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención debe corresponder al objetivo perseguido.

Por lo tanto, los medios utilizados deben justificarse en relación con la gravedad de la situación: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcional a la urgencia o necesidad de los objetivos. Este último requisito se da entre el interés del individuo y el interés colectivo. La proporcionalidad debe considerar la situación específica del individuo y no puede llevar a la anulación o negación del derecho. Ahora bien, en relación con los tres primeros requisitos (Un fin legítimo, la adecuación y la necesidad), el legislador tiene cierta discrecionalidad, lo que limita el alcance del control judicial. Solo los tres errores evidentes podrían llevar a la anulación de una ley por ser contraria al principio de proporcionalidad. En cuanto al cuarto requisito (proporcionalidad en sentido estricto), el TCF *supra*, ha establecido que su cumplimiento implica una justificación clara de las circunstancias relevantes, tanto subjetivas como objetivas (Arnold, Martinez, & Zúñiga Urbina, 2012).

Es relevante señalar que, aunque en Alemania el principio de proporcionalidad carece de un respaldo constitucional o establecido como una norma explícita, es decir, no está reconocido de manera expresa en el texto constitucional alemán, el TCF lo ha utilizado en numerosos fallos. Esta cuestión genera fuerza vinculante (ya que no se encuentra plasmado en un cuerpo normativo el principio de proporcionalidad) de manera sólida al Tribunal Constitucional Federal, así como otras autoridades judiciales, convirtiendo al principio de proporcionalidad en un criterio metodológico fundamental para revisar la constitucionalidad de las leyes y otras decisiones normativas, especialmente aquellas que afectan derechos fundamentales.

Por lo tanto, este principio se estableció como una herramienta para contrarrestar la arbitrariedad tanto del legislador como del administrador, al momento de regular los derechos fundamentales, lo que llevó a la anulación de leyes o decisiones administrativas que restringieran a los mismos. Desde entonces, ha sido uno de los métodos más utilizados para evaluar la constitucionalidad de las leyes (Martínez, 2017).

3.2.2. Concepto del principio de proporcionalidad

En cuanto a la conceptualización del principio de proporcionalidad, es acertado adoptar criterios de distintos autores que se han referido a este principio. En este orden de ideas, Gloria Lopera Mesa (2007) determina que el principio de proporcionalidad es o representa:

Una estructura argumentativa que permite al Tribunal, fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales. (pág. 208)

En otras palabras, es un proceso a partir del cual, un Tribunal puede analizar sobre cómo los derechos fundamentales determinan lo que el legislador puede o no hacer en situaciones, donde existen tensiones o conflictos entre principios constitucionales que limitan las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, los cuales, para que sea considerada válida, es importante que cumpla con requisitos como: un fin constitucionalmente válido; que el medio utilizado sea idóneo para alcanzar el fin; sea necesario, cuando no existan otros medios idóneos o aptos para el fin propuesto y, que exista proporcionalidad entre el sacrificio y el beneficio que se obtiene de la medida legislativa empleada. Por lo que, el principio o la norma que no cumpla con estos requisitos, carece de validez.

Por otra parte, Ignacio V. Menéndez (2008), dice que cuando haya opciones de utilizar diferentes métodos para establecer un límite o cuando dicho límite permita variaciones en su aplicación, es necesario aplicar el principio de proporcionalidad, el cual, es fundamental para llevar a cabo la optimización requerida por todos los derechos fundamentales y el principio de efecto recíproco. De este modo, este principio garantiza que cualquier restricción o medida adoptada sea equilibrada y proporcional a la situación, evitando medidas excesivamente restrictivas o desproporcionadas. Por lo tanto, “a través del principio de proporcionalidad se asegura que la

intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función” (pág. 182), es decir, no deberá imponerse limitaciones innecesarias o excesivas a los derechos individuales.

Por otra parte, Robert Alexy (1993), expone que:

en el derecho constitucional alemán la ponderación es una parte de aquel que postula un principio general. Este principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales, como principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas. (pág. 67)

Alexy considera que la ponderación es un aspecto fundamental del principio de proporcionalidad, donde desarrolla la idea de que la ponderación es un método para aplicar el principio de proporcionalidad, es decir, emplea la ponderación para determinar la proporcionalidad en sentido estricto como subprincipio de éste. Sin embargo, se deja claro que la ponderación no es el objeto de estudio del presente trabajo, por lo que, no será empleado como método para aplicar el principio de proporcionalidad. Entonces, bajo el concepto que se adoptado, el autor destaca la importancia de encontrar un equilibrio óptimo al aplicar los derechos fundamentales dentro del marco del principio de proporcionalidad.

De la misma forma, Clérico (2007) se apega a las consideraciones planteadas por Alexy, cuando dice que el principio de proporcionalidad “contiene criterios para determinar si en el caso concreto se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas” (pág. 147), es decir, se refiere a aquellos criterios que se utilizan para evaluar si, en una situación específica, se ha permitido que un derecho afectado se ejerza en la mayor medida posible, teniendo en cuenta tanto las posibilidades legales como las circunstancias factuales o reales, frente a las acciones tomadas para la protección del derecho.

En cuanto a la finalidad del principio de proporcionalidad, Carlos Bernal Pulido (2007) menciona que:

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que

resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. (pág. 81)

Determinando así que, la proporcionalidad desempeña un papel crucial en el proceso de interpretación para determinar el contenido de los derechos fundamentales, sirviendo como base para fundamentar el contenido de dichos derechos en las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes. Por lo que, Pulido es enfático al determinar que este principio proporciona un marco para equilibrar los intereses en conflicto y determinar cómo deben respetarse y aplicarse los derechos establecidos en la Constitución, tanto en la legislación como en la práctica judicial.

Acotando a lo manifestado por Pulido, Menéndez (2008) refiere que, el propósito principal del principio de proporcionalidad es prevenir que el poder público, que tiene la autoridad para imponer restricciones a un derecho fundamental, violente el núcleo esencial de dicho derecho durante su aplicación, buscando así garantizar que cualquier limitación o restricción impuesta a los derechos fundamentales por parte del poder público, sea necesaria, adecuada y proporcional a la finalidad que se persigue, sin menoscabar la parte esencial de los derechos.

3.2.3. Principio de proporcionalidad como método y regla de interpretación Constitucional en Ecuador.

En un primer orden, hay que diferenciar entre el principio de proporcionalidad que se encuentra consagrado en la Constitución en su artículo 76 numeral 6 como una garantía básica que dice “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), y el principio de proporcionalidad como método y regla de interpretación constitucional, reconocido en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el cual ordena lo siguiente:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, **se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista**

en un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.¹ (Asamblea Nacional, 2009, pág. 3)

La razón de realizar dicha diferenciación es que, el presente trabajo se enfoca el principio de proporcionalidad como método y regla de interpretación constitucional, por lo que, se procederá a realizar el análisis de los correspondientes subprincipios, siendo estos: un fin constitucionalmente, la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

3.2.4. Subprincipios del principio de proporcionalidad

La Corte Constitucional del Ecuador en distintas sentencias, como en la sentencia No. 34-19-IN/21, determina que estos subprincipios son criterios que conforman el test de proporcionalidad, en el cual la norma debe ser “una medida idónea, necesaria y proporcional para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo” (pág. 34). En este contexto, es importante analizar los cuatro criterios del test de proporcionalidad.

a) Fin constitucionalmente válido.

Según Gloria Lopera Mesa (2007), la estructura de este principio, permite condensar las necesidades fundamentales de racionalidad con relación entre los medios y los fines planteados, lo cual permite evaluar de manera racional y lógica si los medios utilizados para lograr el fin son aptos y proporcionales. Además, determina que para que se considere la intervención del legislador en los derechos fundamentales y que las mismas sean consideradas válidas deberá determinarse que:

1. Persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2. Constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3. Sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4. Exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa. (págs. 206-207)

La Corte Constitucional en la sentencia No. 34-19-IN/21, relaciona al fin constitucional con la necesidad de justificar que el uso del poder punitivo del Estado no es ejercido arbitrariamente, sino que, ha existido un adecuado examen a los bienes jurídicos protegidos por el

¹ El formato de negrita al texto nos pertenece.

legislador, y si éstos han sido sometidos a una ponderación de derechos constitucionales, así como, si la sanción penal se ajusta al test de proporcionalidad. De este modo, la Corte señaló:

En principio, dado que la medida busca proteger un valor constitucional contenido en la CRE...podría considerarse que se trata de una medida con una finalidad constitucionalmente válida. No obstante, aun teniendo un objetivo constitucional, no basta simplemente con invocar la protección...por sí sola, pues para restringir los derechos de las personas... deben existir razones de peso que justifiquen de forma exhaustiva cómo... el uso del poder punitivo del Estado no es arbitrario o excesivo al punto que vacía de contenido a sus derechos constitucionales. (Sentencia No. 34-19-IN/21, 2021, pág. 34)

La Corte Constitucional en la misma sentencia, se refiere a la sentencia No. 11-18-CN/19 en la cual, dice que “el fin constitucionalmente válido es un concepto abierto que permite un margen de interpretación” (pág. 20), para ello, “debe tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de derechos” (pág. 23).

En este sentido, un fin es constitucionalmente válido cuando aquellos objetivos perseguidos por el Estado, se encuentran en conformidad con los principios y normas establecidas en la Constitución, así como en Tratados y Convenios Internacionales de protección de derechos humanos.

b) Idoneidad.

Para Robert Alexy (2010), “el principio de idoneidad excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos cuya consecución deben servir” (pág. 111), de este modo, enfatiza que la injerencia en el ejercicio de un derecho debe ser mínimo, y nulo cuando dicha intervención no traiga consigo una finalidad válida.

Por su parte, Clérico (2018) considera que “el medio es idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado” (pág. 28). Para Lopera Mesa (2007) la idoneidad explica que “solo puede ajustarse una medida a la luz de determinado fin si ésta en efecto contribuye a su producente de cara a la realización del fin propuesto” (pág. 207), además, determina que se será idónea la medida empleada por el legislador cuando:

sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención. (pág. 210)

Por esta razón, la autora clasifica a la idoneidad, tanto de la norma de conducta, como, de la norma de sanción. Por norma de conducta, Lopera (2007) establece que:

el juicio de idoneidad de los tipos penales acoge las exigencias derivadas del *principio de lesividad*, entre las cuales se sitúa, en primer lugar, la *exterioridad de la acción típica*, condición necesaria para verificar el vínculo que une la realización de la conducta prohibida con la afectación del bien jurídico. (pág. 211)

Por lo tanto, para que una conducta sea idónea, lo que se requiere es que exista el cometimiento del acto y dicho acto debe encontrarse tipificado como delito, ya que los meros pensamientos e intenciones no constituyen un perjuicio a algún bien jurídico, por cuanto, una vez que se de la exteriorización de la conducta cabe determinar si ésta constituye un peligro para el bien jurídico, lo que justifica la intervención del legislador para emplear dicha medida.

Del mismo modo, la Corte Constitucional en la sentencia No. 34-19-IN/21, referente a la idoneidad, señaló que:

para concretizar la protección constitucional...**de forma efectiva y respetuosa con los demás derechos y valores consagrados en la Constitución— pueden existir otras medidas más idóneas.** Así, por ejemplo, un adecuado diseño de políticas públicas y medidas legislativas de tipo prestacional que, en determinadas circunstancias, podrían proteger de mejor forma el fin que persigue el legislador. (pág. 35)

En definitiva, la idoneidad va a analizar que la medida que el legislador emplea para la protección de los derechos fundamentales, son los que menos perjuicio generen ante cualquier situación; por lo que, debe encontrarse en armonía con los valores presentes en la Constitución, caso contrario se deberá emplearse medidas que logren el fin planteado de manera eficaz, sin que genere un daño innecesario teniendo en cuenta las características específicas de cada situación y la finalidad buscada por el legislador con la aplicación de la medida.

c) Necesidad.

Para Robert Alexy (2010), a la necesidad se la debe considerar cuando:

de dos medios que acaso favorezcan igual de bien a P_1 , se elige aquel que afecte menos intensamente a P_2 . Si existiera un medio con menor intensidad de injerencia e igualmente idóneo, entonces, puede ser mejorada una posición sin que se ocasionen costes para la otra. La aplicabilidad del principio de necesidad presupone, sin embargo, que no haya un tercer principio P_3 que sea afectado negativamente por el medio cuyo uso interferiría en P_2 con menor intensidad. (págs. 111-112)

Por otra parte, Lopera Mesa (2011), menciona que “en tanto no existan alternativas que permitan lograr el mismo fin con un menor sacrificio para los principios constitucionales afectados por la medida enjuiciada” (págs. 114-115), por cuanto, tiene como propósito “poner freno a la tendencia a emplear los medios más conducentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficaz” (2007, pág. 207).

Por otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia No. 34-19-IN/21 estableció que, en la necesidad debe considerarse opciones menos perjudiciales para alcanzar los objetivos constitucionales, es decir, considera la importancia de relacionar al principio de proporcionalidad con el principio de mínima intervención. En este contexto:

esta Corte enfatiza que el derecho penal de acuerdo con nuestra CRE se debe guiar por el principio de mínima intervención penal que determina que el Estado no debe sancionar penalmente todas las conductas que puedan ser consideradas antisociales, sino únicamente en aquellos casos donde existe un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o los individuos transgrediendo las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad. De modo que **la coerción estatal penal no puede ser vista como la solución para toda situación, pues su afectación a la libertad el derecho penal es de *última ratio***. (pág. 36)

Dentro de este marco, la Corte Constitucional ecuatoriana dentro de la misma sentencia, cuando realiza el análisis de la necesidad de la medida, adopta el criterio de la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-365-2012, para referirse a la injerencia del poder estatal al momento de tipificar conductas como delitos:

la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio. (pág. 1)

Dejando claro, que el Estado no debe abusar de su poder al tipificar cualquier conducta sin antes realizar un exhaustivo análisis y estudio de la conducta.

En definitiva, bajo los criterios *supra*, la necesidad es aquella medida empleada frente a la inexistencia de otros medios más eficaces para la consecución del fin constitucional —protección del un derecho fundamental— y que, a su vez, dicha medida no constituya un perjuicio para un tercero, sino que éste sufra el menor daño posible; es decir, una medida que sirva para proteger un derecho pero que a su vez -por protegerlo- no genere un daño a otro.

Además, el criminalizar determinados comportamientos del ser humano, no es el fin que debería tener el Estado haciendo uso de su capacidad jurídica, en su defecto, debe ser un recurso extremo del Estado para reprimir aquellas conductas que afecten los intereses de la sociedad; para lo cual, deberá existir una verdadera necesidad de proteger aquellos intereses. De ahí que la Corte Constitucional colombiana, reafirma que el derecho penal es de última ratio.

d) Proporcionalidad en sentido estricto.

Robert Alexy (1993) considera a la proporcionalidad en sentido estricto —ponderación— como “la optimización relativa a las posibilidades jurídicas”², esta cuestión es importante entender, ya que, Alexy considera a la ponderación como un método (subprincipio) dentro del principio de proporcionalidad, tomando el lugar de la proporcionalidad en sentido estricto, estableciendo el mismo concepto que otros autores otorgan a este subprincipio, indicando que “Cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de

² Alexy refiere a buscar la solución más optima dentro del marco legal disponible, con la finalidad de encontrar un equilibrio entre diferentes opciones legales para alcanzar el fin determinado.

la satisfacción del otro” (pág. 161). Es decir, la ponderación como lo reconoce el autor, utiliza un método complejo y un tanto cuantitativo, sin embargo, en el presente trabajo se adopta el concepto clave de la ponderación como el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto para dar una conceptualización general al mismo.

Por su parte, Clérico (2018), menciona que, “la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado” (pág. 28). Por lo que, la medida restrictiva debe ser justificada y proporcionada en relación con la necesidad de proteger otros valores o intereses legítimos que podrían entrar en conflicto con el derecho en cuestión. A su vez, Lopera Mesa (2017) establece que la proporcionalidad en sentido estricto, consiste en:

una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se va compensando por el grado de satisfacción de los segundos. (pág. 160).

A más de este concepto, Lopera (2007) lo complementa diciendo que “al exigir que la libertad que se protege con la intervención del legislador no resulte inferior a la que se sacrifica, representa una clara concreción del principio de utilidad” (pág. 207), considerando que, el principio de utilidad, sostiene que una acción es ética si produce la mayor cantidad de beneficio o bienestar para la sociedad, con lo que sugiere que, al aplicar la proporcionalidad en sentido estricto, se busca maximizar el bienestar general, cuando la restricción a la libertad de una persona esté justificada porque la medida empleada está protegiendo en mayor medida a otro derecho de igual o mayor importancia para la sociedad en su conjunto.

Además, la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia No. 11-18-CN/19, establece que la proporcionalidad en sentido estricto:

se aprecia los derechos de unos titulares con otros titulares, cuyo ejercicio entra en colisión, tensión o podría provocar una restricción. Para que una restricción de derechos sea legítima, **la realización de otros derechos debe ser mayor o al menos equivalente. Se**

trata de una comparación entre la realización de un derecho con la afectación de otro derecho. (pág. 25)

Enfatizando de esta manera la importancia de equilibrar y comparar los derechos de diferentes titulares cuando éstos entran en conflicto. Por lo que, para que sea considerada legítima la restricción de uno de los derechos, el ejercicio o protección del derecho afectado deberá ser igual o mayor al derecho al que se le impuso la restricción, considerando así de forma cautelosa los intereses de todos los titulares de los derechos involucrados.

Dos años después, la Corte Constitucional en la sentencia No. 344-19-IN/21 con respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, menciona de manera concreta y simple que es **“el equilibrio entre el sacrificio y el beneficio conseguido”** (pág. 37).

En síntesis, considerando lo manifestado *supra*, que la proporcionalidad en sentido estricto es aquel equilibrio existente entre la protección de un derecho, siempre que la búsqueda de esta protección, no conlleve al sacrificio de otro, o que, a su vez, la protección del derecho constituya tal eficacia que justifique tal sacrificio, asegurando de esta manera que, cualquier restricción a un derecho sea justificada y proporcional.

3.3. La seguridad social

La seguridad social es reconocida como un derecho fundamental en Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) e Instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) consagra que “toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social” (Art. 22). A su vez, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), consagra una justicia social de los derechos laborales y humanos reconocidos internacionalmente, en el cual, incorpora a la seguridad social como un derecho fundamental.

Por su parte, Angélica Porras Velazco (2018) mantiene el enfoque de la seguridad social como un derecho humano que “tiene como fin proteger a todas las personas frente a las contingencias de la vida” (pág. 91). Esta definición, plasma el carácter universal de la seguridad social y su importancia para proteger a las personas de diversos riesgos, como la enfermedad, la incapacidad, la vejez, el desempleo o la muerte.

De acuerdo con la Organización Internacional de Trabajo (OIT), la seguridad social es “un derecho humano definido como un conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad en todo el ciclo de vida” (Organización Internacional del Trabajo, 2019) sirviendo como un marco de referencia para los Estados Parte el implementar y evaluar sistemas de seguridad social; sin embargo, la OIT menciona que no existe un modelo universal de la seguridad social como tal, siendo responsabilidad de cada uno de los países desarrollar una protección adecuada con base a sus necesidades y circunstancias particulares. En este sentido, el Estado ecuatoriano es el que asume el compromiso de promover a los trabajadores la dignidad y el respeto, garantizando una vida digna con remuneraciones justas de acuerdo a su trabajo y reconociendo el derecho a la seguridad social.

3.3.1. La seguridad social en el contexto ecuatoriano

La seguridad social se encuentra reconocido en Ecuador bajo el siguiente contexto legal. La Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 34 consagra que “el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de las personas siendo una responsabilidad primordial del Estado para el ejercicio del derecho” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008); es decir, el objetivo del derecho a la seguridad social es garantizar el bienestar de todas las personas ante un riesgo o necesidad como enfermedad, discapacidad, vejez o desempleo, actuando como un mecanismo para la erradicación —*inter alia*— de la pobreza. En este sentido, Villasmil-Molero et al. (2018) enfatizan que “la seguridad social óptima, el aumento de la calidad de vida y el desarrollo pleno del ser humano, constituyen una serie de obligaciones que el Estado debe cumplir” (pág. 23); por lo tanto, se puede decir que, la seguridad social se define por el poder constitucional para abordar la cobertura de las necesidades sociales a lo largo del tiempo.

En Ecuador, la seguridad social es un derecho autónomo e independiente, por cuanto, el artículo 34 consagra que:

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el autosustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Como se puede apreciar, la seguridad social no requiere únicamente de la existencia de una relación laboral previa, contrario, a lo que Marco Proaño Maya (2014) menciona que “la seguridad

social surge de una relación de dependencia laboral, en la que tanto el trabajador como el empleador asumen obligaciones y derechos” (pág. 10). En este orden de ideas, cuando surge la obligación del empleador de afiliar al trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en adelante IESS, esto, conforme el numeral 31 del artículo 42 el cual ordena “Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005).

Este vínculo -entre estos dos derechos- se da por la existencia de una relación laboral previa, destacando así, el papel de la seguridad social como una política pública que beneficia a la sociedad por garantizar condiciones favorables al trabajador. De igual manera, la Ley de Seguridad Social en su artículo 73 ordena que, el empleador debe inscribir al trabajador en el Seguro General Obligatorio desde el primer día de trabajo, sin necesidad de ser solicitado, para lo cual, debe enviar un aviso de entrada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro de los primeros quince días, a excepción de los empleadores agrícolas. Con base en esto, el incumplimiento de esta obligación será sancionado según el Reglamento General de Responsabilidad Patronal (2016). Además, el empleador debe notificar al IESS cualquier cambio en el salario, enfermedad, separación del trabajador u otra información relevante en un plazo de tres días posteriores al suceso.

3.3.2. La afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

En Ecuador, el IESS desempeña un papel crucial como entidad pública descentralizada encargada de proporcionar los servicios relacionados con las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados en todo el territorio nacional, sin embargo, en los últimos años, ha habido una la violación de los derechos laborales debido a la falta de acceso a la seguridad social. Una de las responsabilidades primordiales del empleador es garantizar lo estipulado por la ley a sus empleados, entre ellas, la afiliación al Instituto de Seguridad Social (IESS). Esta afiliación no solo asegura el cumplimiento legal, sino que también proporciona a los trabajadores acceso a beneficios adicionales como fondos de cesantía, seguro por enfermedad o invalidez, y para ello, se han establecido mecanismos para presentar reclamos relacionados por la falta de afiliación al IESS, abarcando el ámbito administrativo; de igual manera, el derecho penal ha actuado como mecanismo sancionatorio ante la falta de afiliación al IESS.

4.3. Procedimiento administrativo empleado por el Ministerio de Trabajo ante la falta de afiliación:

El Ministerio del Trabajo publicó el Acuerdo Ministerial No. MDT-2023-140 el 14 de noviembre de 2023 contiene las normas generales para el control de las obligaciones del empleador y los procedimientos de inspección, en el cual, el Ministerio del Trabajo tiene la facultad de imponer sanciones administrativas (económicas) por el incumplimiento de las obligaciones laborales generadas por los empleadores.³

Ahora bien, según este acuerdo, las infracciones son clasificadas como, leves, graves y muy graves. Entre estas infracciones, la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se considera como una infracción muy grave, en el cual, se impone una sanción al empleador la cual varía según la cantidad de trabajadores afectados por dicha infracción, tal como se especifica en el artículo 35 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2023-140:

Cuando el incumplimiento sea de 1 a 9 trabajadores, la sanción será de 4,17 Salarios básicos unificados del trabajador; de 10 a 25 trabajadores, la sanción será de 7,33 SBU; De 26 a 49 trabajadores, la sanción será de 10,50 SBU; de 200 a 540 trabajadores, la sanción será de 16, 83 SBU y finalmente de 541 trabajadores en adelante, la sanción será de 20 SBU (Acuerdo Ministerial No. MDT-140, 2023, pág. 15).

El procedimiento sancionador en vía administrativa culminará con el “auto de archivo del proceso o la resolución de sanción administrativa según sea el caso; ambos instrumentos deberán ser debidamente motivados por la autoridad del trabajo competente, según circunstancias, hechos verificados y normativa vigente aplicable” (Acuerdo Ministerial No. MDT-140, 2023, pág. 14); además, “En el caso de incumplimiento por parte del empleador, en el término de diez (10) días contados a partir de notificada la resolución de sanción impuesta, se procederá al cobro mediante el proceso coactivo” (pág. 15).

4.4. Procedimiento administrativo empleado por el IESS ante la falta de afiliación:

El proceso administrativo para reclamar por falta de afiliación (evasión) se encuentra especificado en el Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del IESS,

³ Personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la norma laboral, conforme el artículo 34 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2023-140.

conforme a la Resolución No. C.D. 625 que establece que cuando un trabajador en situación de dependencia activa no está afiliado al sistema de seguridad social, se debe presentar una —reclamación de afiliación— mediante un formulario el cual se puede obtener ingresando al portal web del IESS. Una vez presentado, el Coordinador o Responsable de la Unidad Provincial de Afiliación y Control Técnico verifica el cumplimiento con todos los requisitos en el término de 3 días y asignará a un servidor para el trámite. Si no está completo, se solicita al reclamante que lo complete en el mismo término; caso contrario, se archiva y se notifica al reclamante.

El servidor responsable del trámite verificará en el término de tres (3) días si el reclamante ha sido afiliado o si hay subdeclaración de aportes u otras novedades. De ser el caso, en cualquiera de las dos situaciones, se notificará a la persona contra quien se reclama en el término de tres (3) días adicionales. La persona a la que se dirige el reclamo debe responder y proporcionar la documentación necesaria en el término de tres (3) días subsiguientes a la notificación. Después de la aprobación del informe, si el Coordinador o Responsable de la Unidad Provincial de Afiliación y Control Técnico considera que también se está afectando a más trabajadores de la empresa, se remitirá a la Subdirección Nacional de Control Técnico para que incorpore un plan de inspección.

El informe final se elaborará en cinco (5) días, incluyendo análisis y conclusiones, con todos los documentos pertinentes adjuntos, que incluirá fundamentos, conclusiones y todos los documentos pertinentes. Al no existir fundamentos dentro del informe para el reclamo, será el Coordinador o Responsable de la Unidad Provincial de Afiliación y Control Técnico quien negará dicho reclamo y se notificará a ambas partes, sugiriendo que consideren para seguir con el archivo del expediente.

Sin embargo, si se encuentran fundamentos válidos en el reclamo, el Coordinador o Responsable de la Unidad Provincial de Afiliación y Control Técnico autorizará su ingreso en el Portal Institucional, solo por el período en mora, facilitando la gestión de cobro por parte de la Coordinación o Unidad Provincial de Gestión de Cartera y Coactiva, y se notificará tanto al reclamante como al reclamado sobre esta decisión.

4.5. Proceso de inspección realizado por el IESS ante la falta de afiliación

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de igual manera para regular la evasión -falta de afiliación-, realiza inspecciones de oficio o a petición de parte, en la cual, el Coordinador o Responsable de la Unidad Provincial de Afiliación y Control Técnico, bajo la supervisión de la

Subdirección Nacional de Control Técnico, planifica las inspecciones para que se realicen mensualmente. Durante esta inspección, el empleador debe presentar los documentos contables solicitados por el inspector.

En el caso que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social actúe de oficio, se levantará el acta correspondiente, la cual deberá ser suscrita por el empleador y el inspector en seguridad social. Después de recopilar la información, el inspector tiene un término de 8 días para emitir un informe al Coordinador de la Unidad Provincial. Este informe debe ser claro, conciso y motivado, el cual deberá incluir el análisis, fundamentos, conclusiones y recomendaciones. El coordinador puede aceptar o rechazar el informe del inspector. Si es rechazado, se asignará a otro inspector para que emita un informe en 5 días hábiles. Si el coordinador acepta el informe en el que se determina que no existen obligaciones a ser exigidas, se archivará el expediente y se notificará a las partes. En caso de que el informe determine existen obligaciones pendientes, se iniciarán las acciones de cobro con la Coordinación o Unidad Provincial de Gestión de Cartera y Coactiva, y se notificará a las partes.

Sin embargo, si se actúa a petición de parte, deberá existir una reserva de la información por parte del inspector de Seguridad Social quien deberá continuar con el proceso, citando al empleador para realizar la inspección conforme al reglamento, considerando que, si al momento de realizar la inspección se encuentra laborando el reclamante en el mismo lugar, no deberá ser divulgado su nombre por parte del inspector debido a la reserva antes mencionada. El empleador deberá colaborar con la información y brindar las facilidades para el proceso; posteriormente, si durante la inspección el empleador o su representante no presentan la documentación requerida dentro de tres días, el inspector encargado enviará un informe para su aprobación al Coordinador de la Unidad Provincial de Afiliación y Control Técnico y se registrarán las novedades según lo observado en el acta de inspección. Si la controversia respecto a la afiliación del trabajador continúa, se realizará el análisis técnico de los documentos y el informe presentado, y deberá ser aprobado por el coordinador o responsable de la Unidad Provincial de Afiliación y Control Técnico, quien, a su vez, envíe a la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS para su análisis.

4.6. Procedimiento de Recaudación y Control de Gestión de Cartera

Con base a la Resolución C.D. 625, emitida por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se establece el proceso a seguir para el cobro de las obligaciones que surgen por el incumplimiento de afiliación al IESS por parte del empleador, el cual, se empieza con la emisión y notificación de las obligaciones. Para la emisión, el sistema informático del IESS emitirá automáticamente las glosas de las obligaciones (deudas) patronales detallando el monto hasta la fecha de emisión, las cuales serán notificadas a los empleadores en un plazo de ocho (8) días. Durante este periodo, los empleadores deberán cancelar la obligación o impugnarla, de lo contrario, se generarán intereses. En caso de no impugnar, el IESS expedirá el título de crédito, el cual será enviado a las Unidades Provinciales de Cartera y Coactiva para iniciar el procedimiento coactivo. Es importante tener en cuenta lo establecido en la Resolución No. C.D. 625 (2020), al señalar que "la notificación de las glosas es obligatoria y debe ser verificada antes de la emisión del título de crédito para iniciar los procedimientos coactivos" (pág. 54). Asimismo, el Reglamento de Responsabilidad Patronal, en su Disposición General Sexta, establece que "sin haberse producido la notificación conforme al debido proceso, no se podrá emitir el título de crédito" (Resolución No. C.D. 517, 2016, pág. 15).

Si el empleador impugna,⁴ este deberá presentar toda la documentación que sustente la misma, esto, con relación a las glosas emitidas en su contra, la cual deberá cumplir con los requisitos solicitados en el Art. 156 *ibid.* Una vez realizada la impugnación por parte del deudor, la Coordinación/Unidad Provincial de Gestión de Cartera y Coactiva, "verificará el cumplimiento de requisitos de la impugnación del empleador o sujeto de protección, junto con el expediente administrativo de cada caso" (Resolución No. C.D. 625, 2020, pág. 56) todo ello, dentro del término de seis (6) días.

En este contexto, la Comisión de Prestaciones y Controversias, contará con los informes de los Seguros Especializados, o la Unidad o Grupo de Trabajo Provincial correspondientes, dentro del ámbito de su competencia, conforme el Art. 141 de la Resolución No. C.D. 625. Posteriormente, "en el término de cinco (5) días, los Seguros Especializados, o la Unidad o Grupo de Trabajo Provincial remitirán los informes técnicos correspondientes a la impugnación" (Resolución No. C.D. 625, 2020, pág. 57). Para que la Comisión Provincial de Prestaciones

⁴ Se la debe realizar por escrito ante la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias.

resuelva la impugnación, “deberá resolver dentro del término improrrogable de treinta (30) días desde la recepción de la impugnación” (pág. 57), conforme el Art. 158 *ibid*. La impugnación, suspende la emisión del título de crédito hasta que se dé la resolución, la cual, será emitida por la Comisión Nacional de Prestaciones y Controversias. Por lo tanto, dicha resolución podrá ser apelada ante la Comisión Nacional de Apelaciones, en el término de ocho (8) días. (Resolución No. C.D. 625, pág. 57); sin embargo, el interesado puede acudir a la instancia contenciosa administrativa.

Si las decisiones de los órganos encargados de resolver reclamaciones administrativas benefician al empleador o al sujeto protegido, se emitirá una nota de crédito que podrá aplicarse a cualquier obligación pendiente o ser reembolsada. En el caso de que la resolución no favorezca al empleador o sujeto protegido, se llevará a cabo una liquidación que incluirá el cálculo de intereses hasta la fecha del depósito, utilizando esos fondos para saldar la obligación correspondiente, según el Art. 159 *ibid*.

El recurso de apelación se dará cuando el interesado tenga inconformidad con la resolución emitida por parte de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias dentro de un término de ocho (8) días, y será presentada ante el Órgano de Reclamación Administrativa Nacional con los fundamentos de hecho y de derecho, para lo cual deberá adjuntar las pruebas correspondientes y el expediente será enviado en un término de dos (2) días a la Comisión Nacional de Apelaciones, la cual tendrá un término de noventa (90) días para resolver.

Existirá acciones judiciales cuando el empleador con base al artículo 162 *ibid*, impugne la obligación judicialmente, para ello, el IESS deberá ser citado y posteriormente se deberá remitir una copia de la citación por parte de la Coordinación Provincial de Gestión de Cartera y Coactiva o a la Unidad Provincial de Cartera y Coactiva en un plazo de tres (3) días y se suspenderá la acción de cobro hasta la resolución por vía judicial mediante orden de los jueces competentes. En este caso la unidad administrativa correspondiente enviará el expediente a la Procuraduría General del IESS o a la Coordinación o Unidad de Asesoría Jurídica de la respectiva jurisdicción, con el fin de llevar a cabo la defensa institucional.

Otra de las resoluciones emitidas por el IESS es la resolución No. C.D. 517 el cual, es el Reglamento General de Responsabilidad Patronal, que, en su capítulo sexto este reglamento establece el procedimiento de la responsabilidad patronal en el Seguro General de Riesgos del

Trabajo por accidente de trabajo o enfermedad profesional y según lo analizado respecto a la falta de afiliación, se determina que en “los casos de otorgamiento de subsidios, indemnizaciones, pensiones y rentas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales u ocupacionales” (pág. 10) establecido en el literal a) del artículo 14 se genera la responsabilidad patronal cuando “el empleador no hubiere inscrito al trabajador al IESS, antes de que ocurra un siniestro⁵” (Resolución No. C.D. 517, 2016) . Por lo que, en el artículo 15 literal a) *ibid* dice que la sanción pecuniaria que se impone al empleador por no inscribir (afiliar) al trabajador, es “equivalente a un salario básico unificado del trabajador en general, vigente a la fecha de liquidación” (Resolución No. C.D. 517, pág. 10).

Vía Judicial

Según el Art. 295 de la Ley de Seguridad Social, si el IESS opta por iniciar una acción judicial, deberá realizarlo mediante el procedimiento ejecutivo, cuando se pretenda cobrar los aportes, primas, fondos de reserva u otras obligaciones en dinero, estas obligaciones podrían interpretarse a la falta de afiliación como una obligación. Sin embargo, más adelante en el Art. 301 dice que los jueces y magistrados de la Función Judicial tienen la facultad de presidir los casos judiciales en los que el IESS sea una de las partes involucradas, incluso si tienen deudas con el mismo, siempre y cuando esas deudas **hayan sido adquiridas en calidad de afiliados**, la misma norma habla sobre aquellas obligaciones que surgen a partir de la afiliación, por lo que, queda descartada la facultad del IESS para iniciar una acción judicial en procedimiento ejecutivo, contra el empleador por concepto de responsabilidad patronal cuando no exista afiliación al seguro social del trabajador .

4.7. La falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tipificada en el artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, como contravención contra el derecho al trabajo.

La penalización por la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, fue planteado en la Consulta Popular del 2011 en el cual se expuso que la seguridad social es un derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, siendo un derecho irrenunciable y un deber primordial del Estado garantizar su cumplimiento, para ello, la Corte

⁵ Refiere al hecho que “cumple las condiciones para acceder al derecho de la prestación solicitada”. Término obtenido de la Disposición Segunda de las Disposiciones Generales de la Resolución No. C.D. 625.

Constitucional fue requerida para determinar qué procedimientos constitucionales son apropiados para cada caso y para emitir un dictamen sobre la legalidad de la convocatoria a la Consulta, así como de las preguntas que serán formuladas y sus justificaciones. Posteriormente, se emitió el dictamen 001-DCP-CC-2011 en el cual, la Corte Constitucional en su decisión declara la constitucionalidad formal del proyecto de convocatoria pidiendo que supriman las frases introductorias de las preguntas con base a las consideraciones de la Corte. Sin embargo, en la misma decisión la Corte manifiesta que no se realizó un pronunciamiento material del mismo, es decir no se llegó a realizar un análisis de fondo respecto de las preguntas para la consulta popular.

En este contexto, se realiza la consulta popular el 7 de mayo del 2011 en el cual, se incluía la pregunta sobre la penalización por la falta de afiliación al IESS para someter a consideración de la ciudadanía la penalización en cuestión, estableciendo la pregunta de la siguiente manera:

¿Está Usted de acuerdo que nuestra Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia? (Consejo Nacional Electoral, 2011)

La cual, fue aprobada con el 55% de los votos a nivel nacional, tipificándolo así en el Art. 244 del Código Orgánico Integral Penal (2014), de ahora en adelante COIP, como una contravención penal, determinando el legislador que el derecho o bien jurídico que se pretende proteger es el trabajo, donde “la o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días” (pág. 93).

Es por ello que, ante la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Director Provincial del IESS será el responsable de derivar, esta omisión por parte del empleador en cuanto a su obligación como patrono, a Fiscalía General del Estado (FGE) para que active el sistema judicial. La contravención que se tipifica dentro del COIP en su artículo 244 se lo hace por parte del empleador al no afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, el cual es una entidad autónoma que forma parte del sistema de seguridad social del Ecuador y es responsable de aplicar el seguro universal obligatorio, según la Constitución de la República

siendo el bien jurídico protegido el derecho a la seguridad social, derivado de la existencia previa de una relación laboral.

Hay que tomar en consideración que, el legislador al momento de tipificar esta conducta genera una confusión en cuanto al bien jurídico que se pretende proteger, ya que, para que se de esta conducta típica requiere que el empleador omita una obligación (afiliar al trabajador al IESS), misma que se deriva de la existencia previa de una relación laboral, y ésta obligación a su vez, nos lleva a que el legislador tenga la facultad de penalizar este tipo de omisiones, conforme el artículo 327 CRE, mismo que determina “El incumplimiento de obligaciones...en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley” (pág. 90). Sin embargo, esto no quiere decir que, necesariamente el bien jurídico a proteger sea el trabajo, sino los beneficios a los que el trabajador es acreedor cuando se encuentra laborando bajo dependencia.

5. Análisis del artículo 244 del COIP en el test de proporcionalidad

En el presente trabajo se ha tomado como referencia la línea empleada por la Corte Constitucional para dictar sentencias como la sentencia No. 34-19-IN/21 y la sentencia No. 61-18-IN/23, el cual, ayudará a que se realice una correcta adecuación del artículo 244 del COIP con base en el principio de proporcionalidad reconocido en el numeral 2 del Art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), como método y regla de interpretación constitucional. Para ello, se deberá analizar la medida a partir de sus cuatro subprincipios: a) fin constitucionalmente válido, b) idoneidad; c) necesidad; y d) proporcionalidad propiamente dicha.

Para el examen de proporcionalidad la Corte Constitucional tanto en la sentencia No. 34-19-IN/21 como en la sentencia 61-18-IN/23, comienza por identificar el bien jurídico protegido de la infracción penal, para determinar si la tipificación de la conducta tiene un fin constitucionalmente válido.

a) Fin constitucionalmente válido: bien jurídico protegido en contravenciones contra el derecho a la seguridad social.

El artículo 244 del COIP tiene como bien jurídico protegido el derecho al trabajo. Este derecho se encuentra consagrado como un derecho del buen vivir, conforme al artículo 33 de la CRE, así como, un derecho de libertad establecido en el artículo 66 *ibid*, determinando que el

derecho al trabajo es un derecho fundamental, donde el Estado garantizará y reconocerá todas sus modalidades, “en relación de dependencia o autonomía” (pág. 8). Por tanto, el artículo *supra*, se refiere directamente a la relación de dependencia del trabajador, ya que, la tipificación de la falta de afiliación corresponde a un deber u obligación del empleador ante el trabajador, cuando así se estipula en el inciso primero del artículo 244 del COIP (2014) “la o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días”.

Así mismo, el artículo 327 de la Constitución (2008), ordena que “**el incumplimiento de obligaciones...en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley**”, razón por la cual, la CRE con esta cláusula de reenvío, obliga al legislador la tipificación como delitos o contravenciones en el COIP, aquellas obligaciones que no han sido cumplidas por parte del empleador. En este sentido, pese a que el artículo 244 del COIP tuvo su origen en una consulta popular, el legislador tiene la facultad de penalizar la falta de afiliación al IESS, como contravención penal que protege el derecho al trabajo como bien jurídico. Ahora bien, hay que considerar dos situaciones: a) El derecho al trabajo como bien jurídico protegido según el COIP y, b) La autonomía de la seguridad social frente al derecho al trabajo. Hay que considerar dos situaciones; 1. El derecho al trabajo como bien jurídico protegido según el COIP y, 2. La autonomía de la seguridad social frente al derecho al trabajo.

En primer lugar, el derecho al trabajo como bien jurídico protegido está mal orientado por el legislador, ya que, para el caso en análisis, el hecho de que una persona no se encuentre afiliada no es sinónimo de que no se encuentre laborando, lo que genera que el fin constitucional de proteger el derecho al trabajo mediante la tipificación del artículo 244 del COIP no es válido. En segundo lugar, la seguridad social es un derecho que puede subsistir sin necesidad de que la persona se encuentre laborando sea de forma autónoma o bajo dependencia, caso contrario no existiría la afiliación voluntaria, entonces, la seguridad social no necesariamente requiere que la persona se encuentre trabajando para tener derecho o acceso a la misma, por algo el artículo 34 de la CRE, establece que:

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan **trabajo no remunerado en los hogares**,

actividades para el auto sustento en el campo, **toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.** (pág. 8)

Cuando dice y “a quienes se encuentren en situación de desempleo”, enfatiza la autonomía e independencia de la seguridad social ante el trabajo, por cuanto, el derecho al trabajo no garantiza de ninguna manera el derecho a la seguridad social. Adicionalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, Sociales y Culturales en el numeral 1 del artículo 9 referente al derecho a la seguridad social establece que:

Toda persona tiene derecho a la **seguridad social que la protege contra consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa**⁶. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependencias. (Protocolo de San Salvador, 1988)

Como se puede observar, la Convención Americana no configura que la seguridad social tenga relación directa o indirecta con la situación laboral de las personas. Si bien es cierto, que la falta de afiliación a la seguridad social como contravención penal se cumpla debe existir una relación laboral entre empleador y trabajador, no quiere decir que, el hecho de que si el trabajador no está afiliado atente contra el derecho al trabajo, cuando ya se ha explicado que son derechos autónomos y pueden subsistir el uno sin el otro, por lo que, el que el trabajador no se encuentre afiliado no quiere decir que no se encuentre bajo una relación laboral o que no esté trabajando y percibiendo una remuneración por ello, ya que la seguridad social no garantiza el ejercicio del derecho al trabajo. Por otro lado, la Convención (1988) en el numeral 2 del artículo 9 dice que:

Cuando se trate de personas que se encuentren trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Bajo lo manifestado por la Convención, queda claro que, la seguridad social es un tipo de sistema con el que se busca garantizar a la sociedad ciertos beneficios y protección contra determinados riesgos sociales, sean económicos o de salud, mas no garantiza, el acceso al trabajo

⁶ El formato de negrita al texto nos pertenece.

o que el trabajo de una persona se vea interrumpida por no encontrarse afiliado al seguro social. A pesar de que, en este punto, la seguridad social se derive de una obligación del empleador cuando existe una relación laboral, los beneficios a los que se accede por encontrarse afiliado no constituye en sí una garantía del derecho al trabajo. Además, la misma Constitución (2008) en su artículo 369 dice que “El seguro universal obligatorio se extenderá a toda población urbana y rural, con independencia de su situación laboral”.

Para garantizar la afiliación al trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el legislador mediante la tipificación del artículo 244 del COIP, ha tratado de garantizar de alguna forma el derecho al trabajo, pero orientando erróneamente a la protección del mismo, dejando de lado a la seguridad social como un verdadero fin constitucional. Por tanto, la regulación en materia de afiliación, tiene como finalidad garantizar el “derecho a la seguridad social” de las personas que se encuentran bajo dependencia laboral. Por su lado, la Corte IDH (2008) determina que “el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales, de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro” (pág. 76), para lo cual, las sanciones penales, solo debe llevarse a cabo en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos, lo que implica que las sanciones punitivas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos y solo deben emplearse cuando los bienes jurídicos se vean amenazados, determinando así la importancia de garantizar que las medidas punitivas sean adecuadas y proporcionadas a la protección de los derechos fundamentales del individuo.

b) La Idoneidad

En la idoneidad se verifica si la medida tomada por el legislador es adecuada para cumplir con el fin constitucional. Adoptando el criterio de Lopera Mesa, quien acertadamente expone que, “la medida se repuntará carente de idoneidad cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido” (pág. 210), determina que la consecución del artículo 244 según el legislador sería el proteger el derecho al trabajador; sin embargo, ya se ha corroborado que la correcta orientación de dicha protección es a la seguridad social del trabajador; es decir, el derecho al trabajo no es el fin constitucionalmente válido por la disposición jurídica.

Por tanto, hay que verificar que la omisión del empleador de afiliar al trabajador al IESS afecte verdaderamente al derecho al trabajo, como bien jurídico que el legislador pretende tutelar.

Para ello, se podría responder la siguiente pregunta ¿Si el empleador es privado de su libertad conforme la pena establecida en el artículo 244 del COIP, está garantizando la protección del trabajador a ser afiliado al IESS? La respuesta es no, ya que, con la pena privativa de libertad como sanción al empleador no garantiza que posterior a cumplir la pena, el empleador afilie al trabajador, ya que probablemente el cumplimiento de la pena, incluso genere un perjuicio en el desarrollo de las actividades económicas del mismo, por lo que, la tipificación de la conducta no garantiza la consecución del fin constitucional.

Entonces, para que una conducta sea idónea, lo que se requiere es que el cometimiento de la conducta típica una vez que sea exteriorizada se determine que constituye un peligro para el bien jurídico, lo que justifica la intervención del legislador para emplear dicha medida. De tal forma, una vez que se ha identificado que el legislador ha dirigido incorrectamente la protección del bien jurídico, no busca un objetivo que sea válido según la Constitución.

c) Necesidad

Por otro lado, cuando hablamos de la necesidad, la medida que se emplea, bajo los criterios de la Corte Constitucional, deberá ser aquella medida menos gravosa para alcanzar el fin constitucional, en este caso, siendo la protección del trabajador frente a la falta de afiliación.

Por tanto, la intervención del derecho penal será legítima, siempre que exista la necesidad de proteger a las personas frente a algún tipo de abuso, constituyendo así el último recurso, cuando las medidas extrapenales no son suficientes para proteger el bien jurídico, de allí que se determine que el derecho penal es de última ratio, cumpliendo así con el principio de mínima intervención presente en el artículo 3 del COIP.

Para ello, es importante mencionar la existencia de **medios alternativos al derecho penal que se emplean frente a la falta de afiliación al IESS**, los cuales, para garantizar el ejercicio del derecho del trabajador a ser afiliado cuando se encuentre bajo dependencia laboral, se han creado medios ajenos al derecho penal, los cuales se encuentran regulados, por un lado, por el Ministerio del Trabajo, en el cual, mediante el Acuerdo Ministerial No. MDT-2023-140, y por el otro, se encuentran establecidas sanciones establecidas en la Ley de Seguridad Social, en la Resolución C.D. 517 y la Resolución No. C.D.625, mismos que establece el proceso que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social realiza cuando el empleador no afilia al trabajador, en el cual, el trabajador puede acudir directamente para que el IESS sea quien haga efectivo su derecho cuando

el empleador no lo ha realizado dentro del término señalado, proceso que ya ha sido desarrollado y mencionado en páginas anteriores. Por tanto, estas medidas administrativas, son medidas extrapenales que se aplican para garantizar el derecho a la seguridad social ante la falta de afiliación al IESS cuando existe una relación de dependencia laboral.

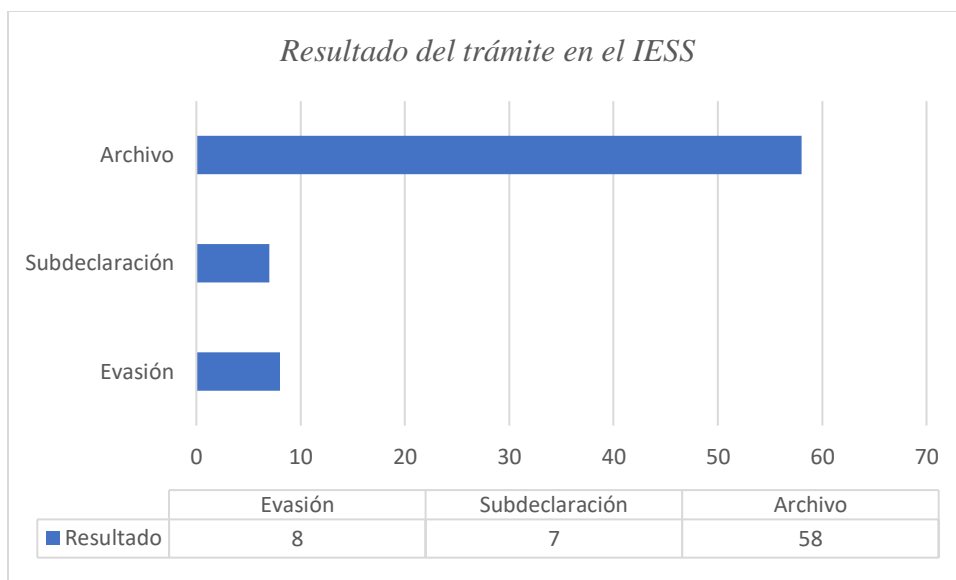
Sin embargo, el legislador ha optado por tipificar la falta de afiliación al IESS en el COIP, si bien es cierto, es necesario sancionar al empleador por la incumplir con una obligación que nace por la existencia de una relación laboral, hay que tomar en cuenta que con la imposición de las medidas administrativas que ya se encuentran reguladas, se consigue el mismo resultado disuasivo, sin tener que recurrir a la medida más gravosa para la protección del derecho la seguridad social. Así, por ejemplo, para Lopera Mesa (2007):

el juicio de necesidad debe orientarse a establecer si aquellas modalidades de regulación alternativa resultan ser globalmente más eficaces, lo que ocurrirá cuando estas se limiten a excluir del ámbito de lo punible las conductas que carecen de la suficiente relevancia social⁷ para ser reguladas a través del derecho penal. (pág. 215)

Por lo tanto, la regulación de carácter administrativo que lleva a cabo el IESS frente a la falta de afiliación, resulta ser eficaz frente a la tipificación del artículo 244, ya que basado en un informe entregado por la misma institución en la que constan datos -desde el 1 de enero del 2023 hasta el 31 de enero del 2024- respecto al proceso de “RECLAMACIÓN A LA AFILIACIÓN” en la provincia del Azuay, de los cuales se obtuvo:

Figura 1

⁷Entendiendo a la relevancia social como aquel impacto positivo que una situación genera en la sociedad, con el fin de satisfacer las necesidades de forma sostenible.



Nota: La figura muestra las cifras de los procesos de reclamos por falta de afiliación al IESS ingresados en el año 2023 al 2024 **Fuente:** Oficio nro. IESS-GDA-2024-1100-E.

Como se observa en la figura, el número total de trámites ingresados en la Institución fue de 73 casos, de los cuales; 57 fueron por evasión, que a su vez 8 generaron un obligación patronal; 16 casos fueron por subdeclaración, de los cuales 7 de éstos generaron obligación patronal; y 3 informes fueron remitidos al Director Provincial del IESS a fin de que se proceda con los artículo 243 y 244 del COIP; sin embargo, ninguno de los 3 casos fueron derivados a fiscalía, debido a que los empleadores cumplieron con la obligación correspondiente en la misma vía administrativa.

En consecuencia, bajo este análisis, se puede considerar que la tipificación del artículo 244 del COIP no es necesaria, por cuanto, existen medios alternativos que pueden proteger y garantizar el derecho a la seguridad social del trabajador; incluso, no se cumple con el principio de mínima intervención penal, en donde el derecho penal debe intervenir solo cuando las medidas extrapenales no constituyen una medida eficaz para la protección del derecho. Aunado a esto, las medidas administrativas empleadas para la protección del derecho a la seguridad social, son eficaces.

d) Principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Respecto al criterio de proporcionalidad en sentido estricto, cabe recordar que se busca la existencia de un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. En este contexto, la Corte Constitucional en la sentencia 11-18-CN/19, señaló que:

Para que una restricción de derechos sea legítima, la realización de otros derechos debe ser mayor o al menos equivalente. Se trata de una comparación entre la realización de un derecho con la afectación de otro derecho. (2019, pág. 25)

Por cuanto, si bien en la contravención analizada existe una afectación al derecho seguridad social derivada del incumplimiento de una obligación laboral por parte del empleador, podemos enfatizar que el tipo penal no sanciona en sí al empleador por impedir el ejercicio al derecho al trabajo del empleado, ya que, como se ha analizado, la seguridad social se vincula directamente con la situación laboral de la persona cuando éste devenga de una relación de dependencia, y surja así una obligación por parte del patrono. Más bien la norma sanciona al empleador por incumplir con una obligación que trae como consecuencia que el trabajador no pueda ser beneficiario de todo lo que comprende la seguridad social, con lo cual, su acceso se encuentra condicionada a la afiliación que debe realizar el empleador.

Bajo este contexto, hay que considerar si la privación de libertad como sanción penal contribuye a proteger adecuadamente el fin constitucional, si es que, protege el derecho del trabajador a ser afiliado al IESS, al tipificarse como contravención penal el artículo 244. En este caso, la pena privativa de libertad de tres a siete días no ayuda a fomentar el fin deseado por ser una pena desproporcionada con la conducta del empleador.

En esta línea con lo anteriormente dicho, se tiene que precautelar el cumplimiento de la obligación patronal de afiliar al trabajador al IESS, por si sola, no satisface de forma inmediata la protección de la seguridad social, por ende, no se justificaría la privación de la libertad del empleador, como consecuencia de la falta de afiliación, enfatizando una vez más, que debe ser de *última ratio* la sanción penal. Además, hay que considerar que esta conducta, se encuentra tipificada y sancionada en otro tipo penal que no es objeto de nuestro análisis pero que protege el mismo bien jurídico como lo es el artículo 243 del COIP, tomando en consideración lo siguiente:

1. En el artículo 243 se encuentra tipificado como delito a la seguridad social, la falta de afiliación al IESS por parte de una **persona jurídica**, y posteriormente, encontramos tipificado como **contravención contra el derecho al trabajo**, en el artículo 244 la falta de afiliación al IESS cometida por una persona natural. 2. Tanto el artículo 243 como el artículo 244 del COIP se refieren a la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con la diferencia latente en el sujeto activo del tipo penal, donde el primero refiere a las personas jurídicas y el

segundo “empleadores” que podemos entender que se refiere a personas naturales.³ En el artículo 243 a pesar de encontrarse tipificado como delito, acarrea una sanción netamente pecuniaria de tres a cinco salarios básicos unificados, por cada empleado no afiliado, mientras que el artículo 244 a pesar de ser una contravención tiene una sanción con una pena privativa de libertad de tres a siete días, pese a que las penas en los delitos son más gravosas que en las contravenciones. En este sentido, su sanción no es proporcional con el tipo de infracción, ya que carece de lógica que una contravención tenga como sanción una pena privativa de libertad, en tanto que, un delito posea una sanción económica sin perjuicio de lo ordenado en el inciso segundo del artículo 49 del COIP.

Entonces, si ambos artículos buscan proteger el mismo bien jurídico ¿Por qué el uno tiene una pena privativa de libertad y el otro una sanción económica? Por tanto, la pena establecida en el artículo 244 no es proporcional a la conducta del empleador, tomando como referencia el artículo 243, mismo que persigue el mismo fin constitucional, pero con una pena menos lesiva a otros derechos. En definitiva, el derecho a la libertad del empleador no se encuentra compensado con la búsqueda de garantizar la protección del derecho a la seguridad social del trabajador.

6. Discusión

El artículo 244 del Código Orgánico Integral Penal, respecto a la Falta de Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, fue incluida por medio de una consulta popular teniendo como base fundamental el derecho a la seguridad social y llegando a incorporarse en el COIP como una contravención penal dando como resultado una sanción con pena privativa de libertad de tres a siete días. Sin embargo, la Corte Constitucional realizó control constitucional abstracto sobre las preguntas del 2011, lo hizo con base en lo ordenado en los artículos 102-105 y 127 de la LOGJCC, no realizó un análisis constitucional de fondo de la tipificación por la Falta de Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia.

Es por ello que, se vincula el artículo 244 del COIP con el principio de proporcionalidad que es un método de interpretación constitucional que contiene subprincipios que se configuran como una estructura argumentativa, en la cual, la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida, siempre y cuando, persiga un fin constitucionalmente legítimo, un medio idóneo para alcanzarlo, que sea necesario y proporcional.

De igual manera, la misma Corte Constitucional ha utilizado en varias ocasiones el test de proporcionalidad, mencionando que, para comprobar el cumplimiento del mismo, deberá verificarse lo siguientes parámetros; 1. La existencia de opciones menos onerosas para lograr el objetivo legítimo, o si es el único método adecuado para lograrlo, 2. Si la norma es adecuada para ayudar a alcanzar el objetivo mencionado y, 3. Si la medida es apropiada para cumplir un fin protector, es decir, si el medio es el menos disruptivo para lograr el fin deseado, y en el caso en que la medida empleada para proteger el derecho fundamental no se ajuste a este test, se considera una norma o medida desproporcional y por ende, inconstitucional por no sujetarse a los mandatos y principios constitucionales. Así mismo, en la sentencia No. 11-20-CN/21 destaca que la proporcionalidad requiere una adecuada correspondencia entre la sanción y la conducta, evitando excesos o medidas innecesarias para alcanzar el interés general.

La penalización de la falta de afiliación al IESS plantea interrogantes sobre su congruencia con este principio, especialmente en cuanto a la pena privativa de libertad de tres a siete días para los empleadores. A pesar, que el derecho a la seguridad social está protegido constitucionalmente —pese a que no sea el bien jurídico descrito por el legislador en el Art. 244 COIP—, la imposición de esta pena para los empleadores genera dudas sobre su idoneidad y proporcionalidad. La medida parece ser desproporcionada respecto a la gravedad del incumplimiento y podría no contribuir eficazmente a proteger el bien jurídico en cuestión.

De la misma forma, es importante recordar que el derecho penal debe ser utilizado como último recurso (*ultima ratio*), reservado para casos en los que otras medidas menos invasivas y coercitivas han demostrado ser insuficientes. Para ello, sería factible establecer procedimientos administrativos más estrictos sin comprometer la libertad de los sujetos obligados. En este sentido, se debería priorizar el uso de la rama administrativa para corregir la violación del derecho, asegurando que la contravención no sea empleada como una forma de intimidación, sino como una medida para garantizar plenamente el derecho afectado el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social una entidad que tiene la competencia para iniciar procesos administrativos en caso de que se incumpla con la afiliación al seguro social.

Así mismo, se consideró que la Falta de Afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la sanción penal no es un mecanismo idóneo, ni necesario ni proporcional para proteger el derecho a la seguridad social, ya que existen otras medidas menos gravosas que la pena privativa

de libertad para proteger el mismo derecho, es por ello que, lejos de lograr el objetivo de su penalización afectan de igual manera el derecho al trabajo.

7. Conclusiones

En conclusión, la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como contravención penal tipificada en el artículo 244 del COIP, no se ajusta a los subprincipios de proporcionalidad como método y regla de interpretación establecido en el numeral 2 del artículo 3 de la LOGJCC. Del análisis realizado en el presente trabajo, se ha identificado que no cumple con la consecución de un fin constitucionalmente válido, debido a la confusión del legislador respecto al bien jurídico protegido. Al no existir un fin constitucionalmente válido, provoca que la medida tampoco sea idónea, por no poder alcanzar la protección del bien jurídico que la norma tiene como fin.

Al existir medidas extrapenales que garantizan la protección del derecho del trabajador a ser afiliado al IESS, las cuales se han demostrado como eficaces frente al incumplimiento de la obligación del empleador, la norma penal se vuelve innecesaria, además de que no existen registros en los cuales se determine que la norma haya sido empleada para proteger dicho bien jurídico. Frente a la falta de afiliación, la vía penal no se ha convertido en una medida idónea y necesaria para la protección del derecho del trabajador a ser afiliado al IESS. Por lo que, el legislador al tipificar el artículo 244, olvida que el derecho penal es de última ratio, y que el poder punitivo del Estado no puede excederse más allá de lo estrictamente necesario; en este caso, cuando las medidas extrapenales que se han empleado no han resultado ser eficaces a la consecución del fin propuesto.

Por lo tanto, en el contexto de la contravención por falta de afiliación al IESS se recomienda los mecanismos administrativos que resultan ser más rigurosos sin comprometer la libertad de los empleadores frente a sus obligaciones. En este sentido, la vía administrativa debería ser prioritaria para corregir el derecho vulnerado, asegurando que la contravención no sea empleada como un mecanismo excesivo del poder punitivo. Por otra parte, la norma tampoco cumple con la proporcionalidad en sentido estricto, ya que, en la búsqueda del legislador de proteger el derecho del trabajador a ser asegurado no justifica el perjuicio que sufre el empleador a ser privado de su

libertad, encontrando una colisión entre la garantía del derecho a la seguridad social del trabajador y el sacrificio del derecho a la libertad del empleador.

Adicionalmente, la consecuencia jurídica que debería imponerse para proteger el derecho a la seguridad social, debe ser proporcional a la conducta, considerando para ello la sanción del artículo 243 que protege el mismo bien jurídico y que se refiere a la misma conducta típica. En síntesis, el artículo 244 debe dejar de ser considerada una contravención contra el derecho al trabajo para formar parte de los delitos contra el derecho a la seguridad, eliminando de esta manera la frase “será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días”, e imponiendo una pena proporcional a la conducta del empleador, de la misma forma en la que se ha sancionado en el artículo 243 *ibid.*

Por último, la técnica legislativa empleada y los errores que en ella se han encontrado, incitan a futuras investigaciones respecto a la identificación como delito o contravención de esta conducta; así como, si la falta de afiliación puede ser considerada una deuda, lo cual trae consigo un sustento adicional respecto a la prisión por deudas, lo cual claramente lo convierte en inconstitucional al artículo sujeto al análisis, por ser contrario a lo consagrado en el literal c) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). La fundamentación referida específicamente a la ponderación. En *Teoría de los derechos fundamentales* (E. G. Valdés, Trad., págs. 67, 161). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *El canon neoconstitucional*, 111y 112. (M. Carbonell, & L. García Jaramillo, Edits.) Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2017). La fórmula del peso. Principio de proporcionalidad en sentido estricto. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica. Principio de proporcionalidad* (pág. 4). México D.F.: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C.

- Arnold, R., Martínez, J., & Zúñiga Urbina, F. (2012). El Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *SciELO*, 65-116.
- Asamblea Nacional. (21 de septiembre de 2009). Normas Generales. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 52.
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial No. 449.
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*, 99. Montecristi: Registro Oficial No. 449.
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador.: Registro Oficial de Ecuador No. 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento 180.
- Caso Kimel vs Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2008).
- Clérico, L. (2007). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (pág. 147). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Clérico, L. (2007). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (primera ed., pág. 147). Bogotá, Argentina: Universidad Externado de Colombia.
- Congreso Nacional del Ecuador. (diciembre de 16 de 2005). *Código del Trabajo*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 167.
- Consejo Nacional Electoral. (13 de julio de 2011). *Consejo de la Judicatura*. Obtenido de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/baselegal/Consulta%20Popular%20y%20Referendum.PDF>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948 de diciembre de 1948). Obtenido de <https://www.ohchr.org/spn.pdf>

- Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. (M. Carbonell, & P. Salazar, Trads.) México: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. (M. Carbonell, A. De Cabo, & P. Gerardo, Trads.) México: Trotta.
- Gascón, M. (2005). *La teoría general del garantismo. Rasgos principales*. (M. Carbonell, & P. Salazar, Edits.) Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.
- Guastini, R. (2008). Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo. En L. Gianformaggio (Ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli* (pág. 42). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social . (30 de marzo de 2016). *Resolución No. C.D. 517*, 10.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (30 de marzo de 2016). *Resolución No. C.D. 517*, 10.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (31 de diciembre de 2020). *Resolución No. C.D. 625*.
- Kraft, I. (2007). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis. *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl)*.
- Ludwigs - Apotheke München Internationale Apotheke contra Juers Pharma Import-Export GmbH, C-143/06 (Tribunal de Justicia (Sala Segunda) 8 de noviembre de 2007).
- Martínez, C. R. (2017). Origen y Tratamiento Constitucional del principio de proporcionalidad en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 128.
- Menéndez, I. V. (2008). "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad". *"El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional"*, 182. (M. Carbonell, Ed.) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Mesa, G. L. (2011). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 24, 113 y 138.

- Mesa, G. L. (2017). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica. Proporcionalidad y ponderación* (pág. 160). D.F., México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C.
- Mesa, G. P. (2007). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En M. Carbonell, *Principio de Proporcionalidad en el Estado de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ministerio del Trabajo. (14 de noviembre de 2023). *Acuerdo Ministerial No. MDT-140*. Quito, Ecuador.
- Nieto, J. F. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común Europeo*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos.
- Organización Internacional del Trabajo, O. (2019). *Informe mundial sobre la Protección de los derechos humanos*. Obtenido de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--).
- Pérez Jacinto, A. O., & Rodríguez Jiménez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista EAN*, 188.
- Proaño Maya, M. (2014). *Seguridad Social y Sociedad Democrática*. Quito, Ecuador.: Editorial Americana.
- Protocolo de San Salvador. (18 de noviembre de 1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”). Obtenido de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html.
- Pulido, C. B. (2007). La función del principio de proporcionalidad. En *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales* (pág. 81). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Sampieri, R. H., & Mendoza Torres, C. P. (2018). En *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. (pág. 9). Ciudad de México: McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. de C. V.

Sentencia No. 001-18-SIN-CC, Caso No. 0011-14-IN (Corte Constitucional del Ecuador 27 de febrero de 2018).

Sentencia No. 11-18-CN/19, Caso No. 11-18-CN (12 de junio de 2019).

Sentencia No. 11-20-CN/21, No. 11-20-CN (Corte Constitucional del Ecuador 10 de noviembre de 2021).

Sentencia No. 34-19-IN/21, Caso No. 34-19-IN (Corte Constitucional del Ecuador 28 de abril de 2021).

Sentencia No. C-365-2012 (Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2012).

Velasco, A. P. (2018). La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas. *Foro: revista de derecho*, (24), 91.

Villasmil-Molero, M. A.-P.-G.-C. (2018). Contribuciones parafiscales: Factor determinante para la seguridad social. *Revista de Ciencias Sociales*, 23.